دور المرتكزات الأساسية لمدونة الحقوق العينية في ضمان الأمن القانوني والقضائي العقاري

الأستاذ محمد الهيني
مستشار بالمحكمة الإدارية بالرباط

شهدت المملكة المغربية صدور العديد من القوانين خلال العشرية الأخيرة، غير أنه لم يسبق أن صدر بها قانون موحد متكامل يطبق على العقارات سواء كانت محفظة أو غير محفظة وينظم الحقوق العينية المتعلقة بها، إذ ظلت الأولى خاضعة للتشريع المتعلق بالتحفيظ العقاري والتقييد في السجلات العقارية الصادر في 13 غشت 1913 [1] وللمرسوم الملكي الصادر في 02 يونيو 1915 [2] المنطبق على الحقوق العينية المتعلقة بالعقارات المحفظة في حين ظلت العقارات غير المحفظة والحقوق العينية المرتبطة بها خاضعة لأحكام الفقه الإسلامي والاجتهاد القضائي وهذه الإزدواجية في القواعد والنصوص المطبقة على العقار والحقوق العينية العقارية خلفت العديد من الصعوبات سواء في المعاملات المنصبة على العقار والحقوق العقارية أو عند بت القضاء في المنازعات المتعلقة بها وصارت عاملا يحد من إرادة إدماج العقارات غير المحفظة في مسلسل التنمية وتنشيط الاستثمار في الأراضي الفلاحية وفي التنمية القروية.

لذلك، ورغبة في سد هذه الثغرة في النظام القانوني المغربي وتجاوز التضارب الحاصل في الأحكام القضائية الصادرة في الموضوع بسبب تنوع القواعد الفقهية وعدم وجود مرجعية موحدة وملزمة يستند إليها القضاء عند بته في القضايا وتسهيلا لمهمته في هذا المجال.

ومساهمة في تذليل العقبات التي تتخلل مسار إدماج العقارات غير المحفظة في الدورة الاقتصادية وتشجيع الاستثمار فيها، أصبح من الضروري والحيوي وضع تشريع موحد يطبق على الحقوق العينية العقارية مع مراعاة بعض الخصوصيات المميزة لكلا الصنفين من هذه العقارات المحفظة وغير المحفظة، لذا تم التفكير في إصدار القانون رقم 39.08 المتعلق بمدونة الحقوق العينية الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.11.178 بتاريخ 22 نونبر 2011 تطبق على هذه الحقوق سواء تعلقت بالعقارات المحفظة أو غير المحفظة.

1- المعدل بموجب القانون رقم 14.07 الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.11.177 بتاريخ 22 نونبر 2011، منشور بالجريدة الرسمية عدد 5998 بتاريخ 24 نونبر 2011، ص. 5575.

2- المنسوخ بموجب القانون رقم 39.08 المتعلق بمدونة الحقوق العينية الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.11.178 بتاريخ 22 نونبر 2011، الجريدة الرسمية عدد 5998 بتاريخ 24 نونبر 2011، ص. 5587.

والملاحظ أن هذه المدونة لم تنطلق من فراغ بل استند إلى أرضية تتمثل في المرسوم الملكي المشار إليه أعلاه المتعلق بالحقوق العينية المطبقة على العقار المحفظ وقواعد الفقه الإسلامي المطبقة على العقار غير المحفظ والأعراف المعمول بها في هذا المجال.

فبالرجوع إلى النصوص الواردة في المرسوم الملكي المذكور، التي وضعت أساسا لتطبق على الحقوق العينية المتعلقة بالعقارات المحفظة، فقد تبين أن أغلب أحكامها تنسجم مع وضعية العقار غير المحفظ وقابلة للتطبيق عليه، كما تبين من خلال الدراسة المقارنة للقواعد الموضوعية التي تنظم العقار بنوعيه كل على حدة، أن هناك وحدة في القاعدة الموضوعية المنظمة للحق العيني سواء كان العقار محفظا أو غير محفظ، واستنادا إلى هذه النتيجة استقر الرأي على إخضاع العقارات غير المحفظة للقواعد القانونية المنصوص عليها في التشريع المطبق على العقارات المحفظة مع تحديد ما كان يسمى بالحقوق العينية العرفية الإسلامية ووضع قواعد قانونية تنظمها حتى يمكن تطبيق هذا التشريع على العقار المحفظ وغير المحفظ، لكن واعتبارا للاختلاف في طبيعة كلا العقارين ونظرا لخضوع كل واحد منهما لتنظيم واختصاص وإجراءات مختلفة وكذلك لاختلاف قواعد الإثبات الخاصة بكل منهما، فقد تم تحديد بعض الاستثناءات التي يمكن أن ترد عند التطبيق وبصيغة أخرى فإنه في هذه المدونة تم توحيد القاعدة القانونية فيما لا اختلاف فيه واحتفظ بالازدواجية فيما استعصى على التوفيق، وذلك بغية تحقيق الأمن القانوني والقضائي.

وهكذا سنعالج الموضوع كما يلي:

المطلب الأول: توحيد الأحكام المطبقة على العقار للقضاء على الاختلاف والتضارب الفقهي والقضائي

المطلب الثاني: تطوير أحكام الحقوق العينية في اتجاه ضمان توازنها وحماية الاستثمار

المطلب الأول:

توحيد الأحكام المطبقة على العقار للقضاء على الاختلاف والتضارب الفقهي والقضائي

إن التضارب والاختلاف في تفسير النصوص الفقهية والقانونية المتعلقة بالعقار من طرف القضاء والذي كان مرده عدم وجود نصوص تشريعية مكتوبة بالمرة في العقار غير المحفظ أو غموض النصوص القانونية المتصلة بالعقار المحفظ وتنوعها واختلافها في ذات النوازل،كان

له أثر كبير على الأمن القانوني والقضائي، مما فرض على مدونة الحقوق العينية توحيد الأحكام المطبقة على المعاملات العقارية وبالتالي القضاء على ازدواجية المرجعية كأصل عام بشكل يسهل مهمة القاضي في تطبيق النصوص القانونية ومهمة الدفاع في المرافعة، ودور الفقيه في التعليق،وترسيخ الوعي القانوني للمتقاضي والمواطن بشكل عام، وضبط مبدأي التوقع القانوني والقضائي بما يعنيه من معرفة مسبقة بكيفية تطبيق القاعدة القضائية على ذات النوازل بشكل موحد وعادل.

ويمكن تحديد أهم الأحكام التي تندرج في هذا الهدف التشريعي في المستويات التالية:

الفقرة الأولى :

على مستوى تحديد مصادر النص

نصت المـادة الأولى من مدونة الحقوق العينية على أنه«تسري مقتضيات هذا القانون على الملكية العقارية والحقوق العينية ما لم تتعارض مع تشريعات خاصة بالعقار.

تطبق مقتضيات الظهير الشريف الصـادر في 9 رمضان 1331 (12 أغسطس 1913) بمثابة قانون الالتزامات والعقود في ما لم يرد به نص في هذا القانون، فإن لم يوجد نص يرجع إلى الراجح والمشهور وما جرى به العمل من الفقه المالكي».

وهكذا تم الحسم تشريعيا في أولوية الرجوع إلى قانون الالتزامات والعقود لسد أي فراغ قانوني بالأسبقية على قواعد الفقه الإسلامي،لهذا حدد المشرع القواعد التي تحكم الحقوق العينية العقارية والتي يجب الرجوع إليها في تنظيم هذه الحقوق،وذلك لتسهيل علم القاضي والمتقاضين بالنصوص القانونية التي أصبحت أكثر وضوحا وسلاسة شكلا وموضوعا.

الفقرة الثانية :

على مستوى فرض رسمية العقود

بالنظر للإشكاليات المثارة أمام المحاكم بشأن إثبات بعض العقود أو تفسيرها أو تكييفها استوجب المشرع ضرورة إبرامها في شكل محرر رسمي أو محرر ثابت التاريخ يتم تحريره من طرف محام مقبول للترافع أمام محكمة النقض تحت طائلة البطلان للقضاء على ازدواجية المحررات ولخلق جو من الثقة والائتمان لدى المتعاملين وحماية حقوق أطراف العلاقة التوثيقية والأغيار ودعم مبدأ مسؤولية محرر العقد.

وهكذا نصت المادة 4 على أنه يجب أن تحرر -تحت طائلة البطلان- جميع التصرفات المتعلقة بنقل الملكية أو بإنشاء الحقوق العينية الأخرى أو نقلها أو تعديلها أو إسقاطها بموجب محرر رسمي، أو بمحرر ثابت التاريخ يتم تحريره من طرف محام مقبول للترافع أمام محكمة النقض ما لم ينص قانون خاص على خلاف ذلك.

يجب أن يتم توقيع العقد المحرر من طرف المحامي والتأشير على جميع صفحاته من الأطراف ومن الجهة التي حررته.

تصحح إمضاءات الأطراف من لدن السلطات المحلية المختصة ويتم التعريف بإمضاء المحامي المحرر للعقد من لدن رئيس كتابة الضبط بالمحكمة الابتدائية التي يمارس بدائرتها.

لكن المشرع وبالنظر لأهمية بعض العقود إما لكونها تبرعية أو لكونها تحتاج لعناية خاصة بالنظر لأطرافها استوجب أن تأتي وجوبا على الشكل الرسمي تحت طائلة البطلان كعقود الهبة (المادة 274) والصدقة (المادة 291) والعمرى (المادة 106) والرهن الحيازي (المادة 147) والمغارسة (المادة 268)، لذلك لا مجال للخيار بين الطريق الرسمي والعرفي.

الفقرة الثالثة:

الحوز في التبرعات

نصت المادة 274 من المدونة على أنه «تنعقد الهبة بالإيجاب والقبول.

يجب تحت طائلة البطلان أن يبرم عقد الهبة في محرر رسمي.

يغني التقييد بالسجلات العقارية عن الحيازة الفعلية للملك الموهوب وعن إخلائه من طرف الواهب إذا كان محفظا أو في طور التحفيظ.

فإذا كان غير محفظ فإن إدراج مطلب لتحفيظه يغني عن حيازته الفعلية وعن إخلائه.»

أخذ المشروع بما استقر عليه الاجتهاد القضائي للمجلس الأعلى من اعتبار التسجيل بالرسم العقاري يغني عن الحيازة الفعلية، وهكذا جاء في عدة قرارات للمجلس الأعلى من بينها القرار الصادر بغرف مجتمعة بتاريخ 8 دجنبر 2003 حينما قرر أنه «لما كانت غاية الفقه في اشتراط الحيازة في عقود التبرعات هي خروج العين المتصدق بها من يد المتصدق إلى يد المتصدق عليه، فإن تسجيل الصدقة في الرسم العقاري يحقق الغاية المذكورة ويوثقها بشكل أضمن لحقوق المتصدق عليه، لذا يعتبر تسجيل الصدقة في الصك العقاري في حد ذاته حيازة

قانونية وبشكل قانوني لا جدال فيه،يغني عن إشهاد العدلين بمعاينة الحيازة وإخلاء العين موضوع الصدقة وإثباتها بوسائل أخرى»[3].

على أنه متى تحقق الحوز الفعلي أي المادي ولم يتم حصول الحوز القانوني بمفهوم التسجيل بالرسم العقاري، فيبقى من حق المستفيد إجبار الطرف الآخر على تسجيل السند على الرسم العقاري، وهكذا جاء في قرار للمجلس الأعلى صادر بتاريخ 13 فبراير 2002 «إن عقد التحبيس متى استوفى شروطه المعتبرة فقها وتوثيقا كان صحيحا ووجوده ثابتا وأثر إنشائه يبقى ساريا وفقا لقصد المحبس، وتنفيذ تسجيل مضمونه بالرسم العقاري، يجب أن يتم ولو عارض ورثة المحبس في ذلك بعد وفاته، لكون مورثهم طبع تصرفه بطابع ديني محض، لذلك يعتبر حبسا عاما وحمايته من النظام العام.

إن عدم تسجيل عقد التحبيس بالرسم العقاري لا يمكن أن يؤثر على صحة موضوعه أو يحد من أثره في نقل الحق للأحباس، خاصة أن الحيازة المادية للملك المحبس قد تمت فعلا، وكانت بصفة علنية كافية، وثابتة باعتراف الورثة أنفسهم، وأن استغلالها كان قبل وفاة الطرف المحبس وبعده»[4].

وهو نفس الاتجاه الذي أكده المجلس الأعلى بغرفتين مجتمعتين صادر بتاريخ 24 نونبر 2004 والذي جاء فيه أن «الحيازة شرط صحة في التبرعات وتثبت بمعاينة البينة الشاهدة بالتبرع بحصولها سواء كان العقار محفظا أو غير محفظ، وعقد الصدقة الذي عاين شهيداه حيازة الطالبة للمتصدق به فارغا من شواغل المتصدقة وعدم تسجيله بالرسم العقاري في حياة المتصدقة لا أثر له على صحته، ولا يؤدي إلى بطلانه مادام قد نشأ صحيحا»[5].

الفقرة الرابعة:

تحقيق دعوى القسمة عن طريق الخبرة

نصت المـادة 317 من المدونة على أنه ««تحكم المحكمة بقسمة العقار المشاع قسمة عينية كلما كانت هذه القسمة ممكنة، وبفرز الحصص وتكوين الأنصبة على أساس أصغر حصة، وعن طريق التقويم والتعديل، ثم توزع الأنصبة المفرزة بين الشركاء بالقرعة، وتصدر حكمها بناء على تصميم ينجزه خبير في المسح الطبغرافي يعين موقع وحدود ومساحة كل نصيب مفرز».

3- قرار عدد 555 ملف عقاري عدد 596-2-1992، مجلة القضاء والقانون، العدد 149، ص. 259.

4- قرار عدد 579 في الملف المدني عدد 4054-1-95، منشور بمجلة قضاء المجلس الأعلى، عدد 57-58، ص. 445 .

5- قرار عدد 565 في الملف الشرعي عدد 262-2-2001،منشور بمجلة قضاء المجلس الأعلى، عدد 63، ص. 368.

فقسمة الأصول يجب أن تتم بالمراضاة أو عن طريق القرعة بعد التعديل والتقويم، وأن المحكمة التي صادقت على الخبرة ولم تراع هذه المقتضيات تكون قد جردت قرارها من الأساس القانوني، لأن القسمة العينية تهدف إلى تمكين كل متقاسم من حظه في جميع أجزاء المال القابل للقسمة على أقل الأنصبة وإجراء القرعة بعد التقويم والتعديل إلا أن يقع الوفاق والتسليم[6] .

وهكذا جاء في قرار للمجلس الأعلى صادر بتاريخ 27 يونيو 2000 «القسمة بالقرعة لا يلجأ إليها إلا إذا كانت الحصص متساوية، أما إذا كانت الحصص غير متساوية فإنه يلجأ إلى القسمة بمدرك»[7].

ومهمة الخبير في القسمة القضائية هي التقويم والتعديل لا تعيين الحصص مكانيا، والمحكمة عندما صادقت على تقرير الخبير الذي عين مواضع الحصص قبل إجراء القرعة يكون قرارها معرضا للنقض والإبطال[8].

الفقرة الخامسة :

حصرية الحقوق العينية واتصالها بالنظام العام

نصت المادة 10 من المدونة على أنه «لا يجوز إنشاء أي حق عيني آخر إلا بقانون»، لذلك فإن الحقوق العينية سواء أكانت أصلية أم تبعية واردة على سبيل الحصر وليس على سبيل المثال[9].

وانطلاقا من أحكام المادتين 11 و12 من المدونة فإن الدعوى تعتبر وسيلة لحماية الحق الذي تحميه، وبما أن المشرع حصر لفظ المال في الحقوق واعتبر الأشياء محالا لها، فإنه كان من الضروري تماشيا مه هذا التصور أن تقسم الدعوى إلى قسمين إثنين دعوى عينية عقارية ودعوى منقولة، ولذلك فإن المشرع أبعد نهائيا ما كان يتصف به ظهير 1915 من غموض حينما أخذ بالدعوى المختلطة تأثرا منه بالقانون المدني الفرنسي.

6- قرار المجلس الأعلى عدد 266 بتاريخ 12 يونيو 2003 في الملف عدد 296-2-1-01 أشار إليه عبد العزيز توفيق، قضاء المجلس الأعلى في القسمة من سنة 1998 إلى 2004، الجزء الثاني مطبعة النجاح الجديدة الدار البيضاء، الطبعة الأولى 1998، ص.163.

7- عبد العزيز توفيق، مرجع سابق، ص.52.

8- قرار عدد 6517 صادر بتاريخ 22 أكتوبر 1997 ملف مدني عدد 4467-96، مجلة قضاء المجلس الأعلى، عدد 53-54، ص. 70.

9- للتعمق يراجع محمد ابن معجوز، الحقوق العينية في الفقه الإسلامي والتقنين المغربي، مطبعة النجاح الجديدة بالدار البيضاء، 1990، ص. 40.

الفقرة السادسة:
تبسيط مسطرة الشفعة وضمان فعاليتها

أولا- قصر الشفعة على البيع وحده

قصر المشرع الشفعة على البيع وحده والمنصب على العقارات والحقوق العينية القابلة للتداول سواء أكان العقار محفظا أو غير محفظ، ولا شك أن من شأن ذلك التقليل من التصرفات التي تبيح الشفعة مادمت تعتبر رخصة وليس حقا، ومادامت استثناء وليست أصلا.

وهكذا نصت المادة 292 من المدونة على أن «الشفعة أخذ شريك في ملك مشاع أو حق عيني مشاع حصة شريكه المبيعة بثمنها بعد أداء الثمن ومصروفات العقد والمصروفات الضرورية والنافعة عند الاقتضاء».

ثانيا- عدم جواز الشفعة في البيوع بالمزاد العلني:

نصت المادة 302 من المدونة على أنه ««إذا بيعت الحصة المشاعة في المزاد العلني وفق الإجراءات المنصوص عليها في القانون فلا يجوز أخذها بالشفعة».

يؤسس القضاء المغربي قبوله الشفعة بالنسبة للبيوعات التي تتم بالمزاد العلني على المقتضيات الواردة في الفصل 25 من الظهير 2 يونيو 1915 الذي عرف الشفعة، وأجازها في البيوع العقارية دون تمييز بين البيع الرضائي والبيع الجبري، بل إن قضاء المجلس الأعلى تواتر في العديد من قراراته على اعتبار أن الشفعة هي الحق الثابت لكل من يملك مع آخرين على الشياع عقارات أو حقوق عينية عينية في يأخذ الحصة المبيعة بدلا من مشتريها، وأنه يكفي لممارستها ولصحة البت فيها توافر الشروط التي حددها القانون ومن بينها وجود الشراء دون استثناء ما تم شراؤه بالمزاد العلني[10]

ثالثا- تعدد البيوع والشفعة

إذا بيعت الحصة التي تجوز الشفعة فيها عدة مرات قبل انصرام أجل الشفعة، فللشفيع أن يأخذ من أي مشتر[11] بالثمن الذي اشترى به ويترتب على ذلك بطلان البيوع اللاحقة.

10- قرار عدد 22 صادر بتاريخ 1981/01/24، في الملف المدني عدد 77021، منشور بمجلة المحاكم المغربية.

11- قرار عدد 694 بتاريخ 1984/04/13، مجلة قضاء المجلس الأعلى، عدد 32، ص. 24، في نفس الاتجاه ينظر القرار رقم 4151 الصادر بتاريخ

فإذا كان العقار محفظا فإن الحصة المشفوعة لا تؤخذ إلا من يد المشتري المقيد بالرسم العقاري».

فالتسجيل الذي يحرك أجل الشفعة هو التسجيل النهائي للحق في الرسم العقاري، أما التقييد الاحتياطي في الرسم العقاري فلا يلزم الشفيع بممارسة الشفعة ضده لأنه لا زال قيدا احتياطيا محتملا[12]، ولا يجوز للشفيع حق ممارسة الشفعة قبل تسجيل عقد الشراء على الرسم العقاري[13] لكن الاجتهاد القضائي للمجلس الأعلى الصادر بغرفتين بتاريخ 4 ماي 2010 كان له رأيا آخر، واعتبر أنه «لا وجود لأي مقتضى في قانون التحفيظ العقاري أو غيره يشترط تسجيل عقد البيع بالرسم العقاري ليسمح للشريك في العقار المحفظ بممارسة حقه في الشفعة».

وبصدور مدونة الحقوق العينية رفع الإشكال ونصت صراحة في المادة 295 منها «على أنه يتعين على طالب الشفعة إثبات بيع الحصة المطلوب شفعتها. فإذا كان العقار محفظا يتعين عليه إثبات تقييد البيع بالرسم العقاري.

وإذا بيعت أجزاء الحصة بعقود مختلفة فإن الشفيع يخير بين أن يأخذها بكاملها وبين أن يأخذ بأي عقد شاء ويدخل معه في شفعته من قبله من المشترين.

رابعا- المطالبة بالشفعة وتبليغها

لتفادي الإشكاليات التي يثيرها تحديد الأجل وكذا مجلس العقد وللقضاء على إشكالية الاختلاف حول موضوع الشفعة ونوع التصرف والثمن، عمل المشرع على توحيد أجل الشفعة وفرض التبليغ الشخصي لتبسيط مسطرة الشفعة وضمان شفافيتها وسرعتها، وهكذا يمكن للمشتري بعد تقييد حقوقه في الرسم العقاري أو إيداعها في مطلب التحفيظ أن يبلغ نسخة من عقد شرائه إلى من له حق الشفعة، ولا يصح التبليغ إلا إذا توصل به شخصيا من له الحق فيها، ويسقط حق هذا الأخير إن لم يمارسه خلال أجل ثلاثين يوما كاملة من تاريخ التوصل.

1994/11/30، ملف عقاري 87/1989، عبد العزيز توفيق، مرجع سابق، ص. 139.

12- قرار عدد 1703 صادر بتاريخ 15 يوليوز 1987 ملف مدني عدد 783، عبد العزيز توفيق، مرجع سابق، ص. 63.

13- قرار عدد 5542 صادر بتاريخ 25 أكتوبر 1995، عبد العزيز توفيق، مرجع سابق، ص. 160.
قرار عدد 588 صادر بتاريخ 20 شتنبر 1976، عبد العزيز توفيق، مرجع سابق، ص. 23.

ويتعين أن يتضمن التبليغ تحت طائلة البطلان بيانا عن هوية كل من البائع والمشتري، مع بيان عن الحصة المبيعة وثمنها والمصروفات المشار إليها في المادة 301 من هذا القانون ورقم الرسم العقاري أو مطلب التحفيظ أو مراجع عقد التفويت، فإن لم يقع هذا التبليغ فإن حق الشفعة يسقط في جميع الأحوال بمضي سنة كاملة من تاريخ التقييد أو الإيداع إذا كان العقار محفظا أو في طور التحفيظ، وبمضي سنة على العلم بالبيع إن كان العقار غير محفظ.

و إذا لم يتحقق العلم بالبيع فبمضي أربع سوات من تاريخ إبرام العقد.

خامسا- فرض المطالبة القضائية كوسيلة للمطالبة بالشفعة

يجب على من يرغب في الأخذ بالشفعة أن يقدم طلبا إلى رئيس المحكمة الابتدائية المختصة يعبر فيه عن رغبته في الاخذ بالشفعة، ويطلب فيه الإذن له بعرض الثمن والمصروفات الظاهرة للعقد عرضا حقيقيا ثم بإيداعها في صندوق المحكمة عند رفض المشفوع منه للعرض العيني الحقيقي،و أن يقوم بذلك داخل الأجل القانوني وإلا سقط حقه في الشفعة.

وتم اعتبار الشفعة أجل سقوط لا أجل تقادم لا تخضع للوقف ولا للانقطاع ولا تطبق عليها مقتضيات الفصل 381 من قانون الالتزامات والعقود، بهدف تفادي تكرار دعاوى الشفعة ولاستقرار المعاملات وخاصة في العقار سيرا على ما استقر عليه اجتهاد المجلس الأعلى[14].

سادسا- إلزام العرض والإيداع حتى بالنسبة للعقار غير المحفظ

«لا محل لإثارة الدفع المنصوص عليه في الفصل 974 من قانون الالتزامات والعقود لأن العقار موضوع الشفعة غير محفظ فالفقه الإسلامي هو الواجب التطبيق حيث لا يلزم الشفيع بإيداع الثمن إلا عندما يطلب منه ذلك كان يعرض عليه المشتري الأخذ بالشفعة ويؤجله القاضي لوضع الثمن[15] ونفس الحكم يخضع له العقار في طور التحفيظ[16]، على خلاف العقار غير المحفظ فإن ممارسة شفعة عقار محفظ يستوجب الإعلان عن الرغبة والعرض العين وإيداع داخل الأجل القانوني[17].

14- قرار صادر بتاريخ 4 يوليوز 1990 الملف المدني عدد 3018-86، عبد العزيز توفيق، مرجع سابق، ص. 72. قرار صادر بتاريخ 14 يوليوز 1993 الملف المدني عدد 1276-90، عبد العزيز توفيق، مرجع سابق، ص. 285.

15- القرار عدد 131 الصادر بتاريخ 1985/1/29 في الملف العقاري عدد 1983/91، منشور بمجلة قضاء المجلس الأعلى عدد 37-38 ص 133.

16- قرار المجلس الأعلى عدد 375 بتاريخ 18 مارس 1986 ملف شرعي عدد 90556 أشار إليه عبد العزيز توفيق، قضاء المجلس الأعلى في الشفعة خلال أربعين سنة، مطبعة النجاح الجديدة بالدار البيضاء، الطبعة الأولى 1999، ص. 244 .

17- قرار المجلس الأعلى الصادر بتاريخ 1987/12/23 في الملف عدد 7848، منشور بمجلة رسالة المحاماة، عدد 5، ص. 227.

سابعا – النزاع حول الغلة في الشفعة:

غلة الحصة المشفوعة من تاريخ الشراء إلى تاريخ استحقاق الشفعة تكون حسب الفقه المالكي للمشتري لا الشفيع، فالحصة أثناء هذه المدة تكون في ضمان المشتري، ويعد هذا الأخير بمثابة المتصرف عن حسن النية،والقاعدة أن المتصرف عن حسن النية يستحق الثمرة عملا بالمادة 103 من ق.ل.ع. فالحكم بالشفعة هو منشئ لا مقرر لحق الشفيع مما يمتنع معه القول بحلوله محل المشتري قبل الحكم نهائيا بالشفعة.

وهكذا جاء في قرار للمجلس الأعلى «إن الغلة في العقار غير المحفظ يستحقها الشفيع من تاريخ أداء الثمن أو من تاريخ إيداع الثمن طبقا للفقه المالكي ولا تطبق أحكام الفصل 103 من قانون الالتزامات والعقود على غلة العقار غير المحفظ[18]، وعلة استحقاق الشفيع للغلة في هذه الحالة هو كون الحصة المشفوعة لا تنتقل إلى الشفيع إلا بصدور حكم نهائي أو بدفع الثمن أو الإشهاد لدى العدول لقول خليل «وملك بحكم أو دفع الثمن أو إشهاد» الكراء قبل الشفعة يصبح بعدها غير نافذ ويستوجب طرد المكتري الذي يعتبر محتلا بدون سند ولا قانون[19]»

- الحكم بالشفعة يضع حدا للعلاقة الكرائية التي كانت تربط بين المشتري(المشفوع منه) والبائع ولا يجعلها تستمر مع الشفيع[20].
- الحكم بالإفراغ هو نتيجة الاستحقاق الشفعة، ولا يحتاج إلى إجراءات أخرى[21].
- لا يستحق التعويض عن عدم استغلال العقار المشفوع من طرف الشفيع إلا من يوم امتناع المشفوع منه عن تنفيذ الحكم النهائي القاضي بالشفعة[22].

وهكذا نصت المـادة 309 من المدونة على أنه «لا يلتزم المشفوع منه برد ثمار الحصة المشفوعة للشفيع إلا من تاريخ المطالبة بالشفعة»، وتبطل التصرفات الناقلة للملكية أو الحق العيني أو المنشئة لهذا الحق التي أجراها المشفوع من يده على الحصة المشفوعة إذا تعلقت بعقار غير محفظ.

18– قرار عدد 86/4375، عبد العزيز توفيق، مرجع سابق، ص 274.

19– حكم رقم 94/1356 الصادر بتاريخ 1994/11/22 عن المحكمة الابتدائية بوزان في الملف العقاري عدد 89/93/671، منشور بمجلة الإشعاع، عدد 26، ص . 303، ومجلة القصر، عدد 3، ص. 176.

20– قرار عدد 624 الصادر بتاريخ 1996/2/27 عن محكمة الاستئناف بالقنيطرة، الغرفة المدنية في الملف رقم 1/95/1052، قبل النقض، منشور بمجلة القصر، عدد 3، ص. 119 ومجلة الإشعاع، عدد 26، ص. 207.

21– قرار عدد 861 الصادر بتاريخ 1999/2/24 في الملف المدني عدد 98/365، منشور بمجلة قضاء المجلس الأعلى، عدد 55، ص . 511.

22– قرار عدد 5167 الصادر بتاريخ 1999/11/10 في الملف المدني عدد 97/6/11/1744، منشور بمجلة عن المجلس الأعلى، عدد 55، ص. 83.

المطلب الثاني:
تطوير أحكام الحقوق العينية في اتجاه ضمان توازنها وحماية الاستثمار

سعى المشرع إلى تحقيق التوازن العقدي بين حقوق والتزامات العقد أو الالتزام بين طرفي الحق العيني من أجل تحقيق العدالة والأمن العقاري وتفعيل مساهمة العقار في تشجيع الاستثمار والائتمان وتنشيط الدورة الاقتصادية وإنجاز المشروعات الاقتصادية من خلال الأهداف موضوع ومحل المحاور التالية:

الفقرة الأولى:
منع بعض التصرفات القانونية المنصبة على بعض الحقوق المشاعة

بالنظر للإشكاليات القانونية المرتبطة بحالة الشيوع، والتي تعيق الاستثمار والتنمية عمل المشرع على منع إبرام بعض التصرفات القانونية المرتبطة ببعض الحقوق العينية خاصة حقوق السطحية (المادة 116) والزينة (المادة 131) والهواء والتعلية (المادة 139) والمغارسة (المادة 265) إلا باتفاق جميع الشركاء توقيا لحالات النزاع المستحكم المتعلق بها، ولتخفيف العبئ على المحاكم بشأن النزاعات المثارة بشأنها.

الفقرة الثانية:
تحديد المدة القصوى لبعض الحقوق

عمل المشرع على إيجاد نوع من التوازن بين أطراف العلاقة المنصبة على الحقوق العينية بحيث قام بتحديد المدة القصوى لحياة بعض الحقوق لمنع كل تعسف من قبل كل طرف يسعى للسيطرة على بنود العقد حماية للتراضي ولحقوق الطرف الضعيف في العلاقة، وأيضا لتشجيع الاستثمار وخلق أكبر تنافسية ممكنة.

وهكذا نصت المـادة 100 من المدونة على أنه «ينقضي حق الانتفاع الممنوح للأشخاص المعنوية بانصرام مدة أقصاها أربعون سنة.

كما نصت المـادة 121 من المدونة على أنه «يخول الكراء الطويل الأمد للعقارات للمستأجر حقا عينيا قابلا للرهن الرسمي ويمكن تفويت هذا الحق وحجزه طبقا للشروط المقررة في الحجز العقاري.

يجب أن يكون هذا الكراء لمدة تفوق عشر سنوات دون أن تتجاوز أربعين سنة وينقضي بانقضائها».

ونصت أيضا المـادة 134 من المدونة على أنه «يجب أن لا تتجاوز مدة حق الزينة أربعين سنة، فإذا نص العقد على مدة أطول أو سكت عن تحديد المدة فإن المدة المعتبرة هي أربعون سنة.

لا يسري حكم هذه المادة على حقوق الزينة القائمة عند صدور هذا القانون، غير أنه ليس لمالك حق الزينة في هذه الحالة أن يبني من جديد ما تلاشى لقدمه أو بسبب حادث فجائي أو قوة قاهرة إلا بإذن مالك الرقبة».

الفقرة الثالثة:

سن مبدأ التشجيع على التحفيظ والتسجيل

بهدف درء المخاطر القانونية الناتجة عن عدم التحفيظ والتسجيل سواء على مستوى الأمن القانوني أو استقرار المراكز القانونية ودعم الثقة والأمان وقرينة السلامة في المعاملات العقارية سواء بالنسبة للأطراف أو الغير استوجب المشروع لزومية إجراء التحفيظ أو التسجيل لحفظ الحقوق وفك المنازعات والمشاحنات وتوقيها قبل وقوعها والتأكيد عل عدم التراخي في تسجيلها.

وهكذا نصت المـادة 263 من المدونة على أنه «من أثبت أنه يحوز ملكا حيازة مستوفية لشروطها وأدرج مطلبا لتحفيظه يعتبر حائزا حيازة قانونية إلى أن يثبت العكس».

كما نصت المـادة 305 من المدونة على أنه «إذا كان العقار في طور التحفيظ فلا يعتد بطلب الشفعة إلا إذا ضمن الشفيع تعرضه بمطلب التحفيظ المتعلق به».

الفقرة الرابعة :

التقييد الاحتياطي الإجباري كشرط لقبول الدعوى

لإعطاء القوة والمصداقية للرسم العقاري وتفادي إشكالية تعديل وتحيين الرسوم العقارية وإبطال التسجيلات ولزرع الطمأنينة تم فرض إجبارية التقييد الاحتياطي، باعتباره الإجراء الوحيد لضمان الحقوق العينية والتحملات العقارية على الرسم العقاري، لكون نشأة الحقوق ونقلها وتعديلها وإسقاطها مرتبط بإجراء التقييد، وهذا يضفي على البيانات الواردة به القوة

الثبوتية المطلقة في مواجهة الكافة.

ولذلك يعتبر التقييد الاحتياطي بالرسم العقاري شرطا جوهريا لحفظ الحق والإعلان عنه بالرسم العقاري تطبيقا لمبدأ لأثر الإنشائي للتسجيل وفق مقتضيات القانون العقاري مما يخول الاحتجاج به في مواجهة الغير،لضمان الأمن القانوني للمعاملات العقارية، فمن خلال التقييد الاحتياطي تبقى الحقوق مضمونة وفي منآى من الضياع طالما أن المشرع خول أصحابها حق الاستفادة من رتبة التقييد من تاريخ إجرائه، وذلك في مواجهة أصحاب التقييدات اللاحقة سواء أكانت نهائية أم مؤقتة، لذلك يعتبر تقييد عقاري مؤقت قابل للتحول إلى تقييد نهائي للحق في المستقبل بأثر رجعي، فدوره يتمثل في حفظ التقييدات المؤقتة للمراكز القانونية وضمان الاحتجاج بها في مواجهة الأغيار.

إن التقييد الاحتياطي يهدف إلى حماية حق عيني على العقار المطلوب إجراء القيد عليه لحفظ حق الطالب لا المحافظة على حق شخصي.

كما نصت المـادة 13 من المدونة «إن الدعاوى الرامية إلى استحقاق عقار محفظ أو إسقاط عقد منشئ أو مغير لحق عيني لا مفعول لها تجاه الغير إلا من تاريخ تقييدها بالرسم العقاري تقييدا احتياطيا.

ونصت أيضا المادة 316 من المدونة «لا تقبل دعوى القسمة إلا إذا وجهت ضد جميع الشركاء وتم تقييدها تقييدا احتياطيا إذا تعلقت بعقار محفظ».

الفقرة الخامسة:
الحجية النهائية للرسم العقاري

ينص الفصل الأول من ظهير 1913 المتعلق بالتحفيظ العقاري : «يتم تحفيظ العقار بعد إجراء مسطرة للتطهير يترتب عنه تأسيس رسم عقاري وبطلان ما عداه من الرسوم وتطهير الملك من جميع الحقوق السالفة المضمنة به»

كما ينص الفصل 62 منه على أن : «الرسم العقاري نهائي ولا يقبل الطعن، ويعتبر نقطة الانطلاق الوحيدة للحقوق العينية، والتحملات العقارية المترتبة على العقار وقت تحفيظه دون ما عداها من الحقوق غير المقيدة».

ولا يمكن إقامة أي دعوى في العقار بسبب حق وقع الإضرار به من جراء التحفيظ..» الفصل 64.

ولم يفت مدونة الحقوق العينية التأكيد على ذات المبدأ ولكن بشكل ملطف سيرا على اجتهاد مبدئي لمحكمة النقض حيث جاء في المادة الثانية من المدونة على أن «الرسوم العقارية وما تتضمنه من تقييدات تابعة لإنشائها تحفظ الحق الذي تنص عليه وتكون حجة في مواجهة الغير على أن الشخص المعين بها هو فعلا صاحب الحقوق المبينة فيها.

إن ما يقع على التقييدات من إبطال أو تغيير أو تشطيب من الرسم العقاري لا يمكن التمسك به في مواجهة الغير المقيد عن حسن نية، ولا يمكن أن يلحق به أي ضرر، إلا إذا كان صاحب الحق قد تضرر بسبب تدليس أو زور أو استعماله شريطة أن يرفع الدعوى للمطالبة به داخل أجل أربع سنوات من تاريخ التقييد المطلوب إبطاله أو تغييره أو التشطيب عليه».

وقد أكد العمل القضائي لمحكمة النقض على أن الرسم العقاري ذو طابع نهائي غير قابل للطعن، وهكذا فقد جاء في قرار للمجلس الأعلى[23] أنه : «... بمقتضى الفصلين 2 و62 من ظهير 12 غشت 1913 بشأن التحفيظ العقاري، يترتب عن إقامة رسم الملكية تطهير الملك من جميع الحقوق السالفة غير المضمنة بالكناش العقاري، وهو يكشف نقطة الانطلاق الوحيدة للحقوق العينية الكائنة على العقار وقت تحفيظه دون ما عداها من الحقوق غير المسجلة، ولذلك فإن القرار حين علل قضاءه بأنه «لا يمكن الاحتجاج بالشراء الذي أبرم قبل التحفيظ ولم يقع الإدلاء به أثناء مسطرة التحفيظ لأن التحفيظ يطهر العقار من كل تكليف سابق»، يكون لذلك معللا تعليلا كافيا ومرتكزا على أساس قانوني...».

كما جاء في قرار آخر له على أن : «إقامة الرسم العقاري له صفة نهائية لا تقبل الطعن ويحسم كل نزاع يتعلق بالعقار ولا يمكن الاحتجاج بأي حق عيني سابق على التحفيظ لم يسجل على الرسم العقاري»[24].

بيع مالك لأرضه إلى مشتري منه تحفيظ الأرض في اسم البائع المالك ليعطي الحق للمشتري في رفع دعوى قصد إتمام البيع وتحرير عقد ملحق وأجراء محافظ بتسجيل البيع

يعتبر المشتري من طالب التحفيظ خلفا خاصا لا يواجه كالخلف العام بقاعدة التطهير المنصوص عليها في الفصل 62 من ظهير 12 غشت 1913 متعلق بالتحفيظ العقاري».[25]

23- قرار المجلس الأعلى رقم 61 صادر بتاريخ 4 يناير 2006 في الملف المدني عدد 2004/1/1/4229، منشور بمجلة محاكمة، العدد الأول، شتنبر 2006، ص .122.

24- قرار المجلس الأعلى في الملف الإداري رقم 187271 صادر بتاريخ 21 أبريل 1972، منشور ضمن مجموعة قرارات المجلس الأعلى، المادة المدنية 1986/1966، منشورات جمعية تنمية البحوث والدراسات القضائية 1985، ص. 84.

25- قرار مجلس الأعلى عدد 5925 بتاريخ 1999/1/29 في الملف المدني عدد 94/1151 .

وإذا كان الخلف الخاص وأملاك الدولة وأملاك الوقف لا تواجه بقاعدة التطهير، فإن محكمة النقض أضافت استثناء جديدا تلقته مدونة الحقوق العينية بإيجابية لا يمكن نكرانها وذلك إذا كان صاحب الحق قد تضرر بسبب تدليس أو زور أو استعماله شريطة أن يرفع الدعوى للمطالبة به داخل أجل أربع سنوات من تاريخ التقييد المطلوب إبطاله أو تغييره أو التشطيب عليه»، امتثالا لقرارات صدرت عن محكمة النقض.

كما جاء في قرار لمحكمة النقض صادر بتاريخ 5 أبريل 2011 على أن «قاعدة تطهير الملك بالتحفيظ المنصوص عليه بالفصل 2 من ظهير 1913-8-12 التحفيظ العقاري قاصرة على الحقوق والاتفاقات العينية المحتج بها من طرف الغير، الذي يتعين عليه أن يعلن عنها أثناء مسطرة التحفيظ حتى يتمكن من الاحتجاج بها طبقا للفصل 84 منه، ولا تنصرف إلى ماينشأ أثناء مسطرة التحفيظ من حقوق بتصرف من طالب التحفيظ الذي أصبح مالكا، إذ يحق للمفوت له مطالبته بتنفيذها عينا، وليس في ذلك أي مساس أو إهدار لحجية الرسم العقاري، ولا يسوغ لصاحب الملك المحفظ أن يتحلل من تصرفاته واتفاقاته التي أنشأها على هذا الرسم قبل إقامته، وتقضي المحكمة بتسجيل التصرف بالرسم العقاري»[26].

الفقرة السادسة:
ماهية التحفيظ العقاري

نصت المـادة 319 من المدونة على أنه «يتم البيع بالمزاد العلني بعد استنفاذ الحكم القاضي بالقسمة طرق الطعن العادية والنقض عند الاقتضاء، وتطبق على المحضر المتعلق به مقتضيات المادة 221 من هذا القانون».

واشتراط الحكم النهائي بالقسمة لانطلاق عملية البيع إذا تعلق الأمر بعقار محفظ يحيلنا على إشكالية ماهية التحفيظ طبقا للفصل 361 من قانون المسطرة المدنية الذي ينص على أن لا يوقف الطعن بالنقض التنفيذ إلا في الحالات التالية:

1 – الأحوال الشخصية

2 – الزور الفرعي

3 – قضايا التحفيظ العقاري

للتعمق حول هذا الموضوع يراجع : محمد الكشبور، التطهير الناتج عن تحفيظ العقار،تطور القضاء المغربي، قراءة في قرار المجلس الأعلى بتاريخ 29 دجنبر 1999، مطبعة النجاح الجديدة بالدار البيضاء، 2005.

26– القرار عدد 157 في الملف المدني عدد 2301-1-7-2009، مجلة قضاء محكمة النقض، عدد 74، ص. 82

و إذا كانت محكمة النقض قد تبنت مبدأ أصبح قارا يقضي بأن دعاوى التحفيظ العقاري تقتصر على الدعاوى التي تهم مسطرة التحفيظ،أما ما تعلق بالعقارات المحفظة فإنها لا تدخل ضمن هذه المقتضيات[27]، لكن، ردا على الوسائل أعلاه مجتمعة لتداخلها، فإن كل التزام يجب أن ينفذ بحسن نية وأن مقتضيات الفصل 361 من قانون المسطرة المدنية لا تطبق الا على العقارات في طور التحفيظ وأن المحافظ على الأملاك العقارية ملزم بتسجيل الأحكام التي اكتسبت قوة الشيء المقضى به على الرسم العقاري....

وان مقتضيات الفصل 361 من قانون المسطرة المدنية تعتبر استثناء من القاعدة العامة التي مؤداها ان الأحكام قابلة للتنفيذ فور صدورها، وان تفسير الفصل سالف الذكر يجب ان يكون ضيقا فلا يتوسع فيه، وان عبارة التحفيظ الواردة فيه تعني الإجراءات السابقة عن إنشاء الرسم العقاري، أما عبارة التسجيل فتعني تسجيل الحقوق العينية عامة وغيرها من الضمانات أو التشطيب عليها من رسم المنشأ سلفا، وأن مقتضيات الفصل المذكور لا تطبق عليها. «فإنه نتيجة لما ذكر كله يكون القرار معللا ومرتكزا على أساس قانوني غير خارق للمقتضيات المستدل بها والوسائل بالتالي غير جديرة بالاعتبار»[28].

كما جاء في قرار لاحق للمجلس الأعلى صادر بتاريخ 2000-9-20 أنه «إذا كان مبدأ الحيطة متطلبا من طرف المحافظ عندما يتعلق الأمر بإشهار الحقوق العينية بتقييدها على الرسوم العقارية فإن عملية التحفيظ التي تعني الإجراءات الموصلة لإنشاء الرسم العقاري الذي يشكل نوعا من الحالة المدنية للملكية العقارية، ويكتسي الصبغة النهائية هي التي يجب أن تحاط بأكثر الاحتياطات حتى لا تنتج عنها حالة يستحيل تداركها.

إن محكمة الاستئناف بالتالي كانت على صواب عندما صرحت بأن مقتضيات الفصل 361 من ق.م.م تعتبر استثناء من القاعدة العامة التي مؤداها ان الأحكام قابلة للتنفيذ فور صدورها، وان تفسير الفصل سالف الذكر يجب ان يكون ضيقا فلا يتوسع فيه، وان عبارة التحفيظ الواردة فيه تعني الإجراءات السابقة عن إنشاء الرسم العقاري، أما عبارة التسجيل فتعني تسجيل الحقوق العينية عامة وغيرها من الضمانات أو التشطيب عليها من رسم المنشأ سلفا، وأن مقتضيات الفصل المذكور لا تطبق عليها.»[29]

27- عبد القادر الرافعي، مفهوم التحفيظ حسب قانون المسطرة المدنية، مجلة القضاء والقانون، عدد 145، ص. 95.
حسن منصف: إشكالات تطبيق قانون التحفيظ العقاري،القواعد الموضوعية والشكلية في مساطر المنازعات العقارية،سلسلة «الأنظمة والمنازعات العقارية»، منشورات مجلة الحقوق العربية، الجزء الرابع، مطبعة أبي رقراق الرباط، يناير 2012، ص. 59.

28- قرار المجلس الأعلى عدد 2917 المؤرخ في : 22-06-2010 ملف مدني عدد 3994-1-1-2008، غير منشور.

29- مقتضيات ظهير التحفيظ العقاري على ضوء قرارات المجلس الأعلى، نشر مركز التوثيق بالمجلس الأعلى 2009، ص. 73

وقد تأكد هذا الاتجاه بمقتضى قرار المجلس الأعلى الصادر بتاريخ 4-10-2000 الذي جاء فيه «إن مقتضيات الفصل 361 من قانون المسطرة المدنية لا تنطبق إلا على العقار في طور التحفيظ أما العقار المحفظ فإنه يتم تنفيذ الحكم بمجرد أن يصبح نهائيا وأن الطعن بالنقض لا يوقف تنفيذه»[30].

إن اشتراط الحكم النهائي للقسمة الذي لا تعقيب فيه قد يشكل تحولا نسبيا في تأويل آخر لهذا المفهوم خاصة إذا كان ذلك من متعلقات دعوى بالقسمة فقط بالنظر لخصوصياتها،ولا يشمل دعاوى أخرى تتعلق بحق منصب على عقار محفظ،مع الأخذ بعين الاعتبار أن تعديلات قانون التحفيظ العقاري حافظت على شرط الحكم المكتسب لقوة الشيء المقضي به لإجراء التقييدات حسب الفصل 65 من ظهير التحفيظ العقاري.

الفقرة السابعة:

دعوى القسمة:

نصت المادة 316 [31] «لا تقبل دعوى القسمة إلا إذا وجهت ضد جميع الشركاء وتم تقييدها تقييدا احتياطيا إذا تعلقت بعقار محفظ». لقول خليل «وأجبر لها كل انتفع كل» وقال ابن عاصم «وينقض القسم لوارث ظهر».

جاء في قرار للمجلس الأعلى صادر بتاريخ 28 دجنبر 2005 ما يلي: «حيث صح ما عابه الطاعن على القرار ذلك أنه اعتمد في قضائه على أن القسمة لا تستلزم الإدلاء برفع اليد عن الحجوز والرهون، إذ أن حقوق الدائنين تبقى مسجلة بالرسم العقاري وتنتقل إلى الأنصبة التي آلت إلى المدينين وأن الحكم المستأنف لم يأمر بالتشطيب على الإنذارات والحجوزات المتخذة ضد حقوق الدائنين وإنما أمر بنقلها إلى الحقوق التي آلت إليهم «في حين أن الطاعن ليس طرفا في دعوى القسمة ولم يكن ممثلا في عقد الصلح المبرم بين الشركاء بشأن القسمة الرضائية التي صادق عليها الحكم الصادر في تلك الدعوى مع أنه صاحب حجز تحفظي على حقوق الشركاء في عقار النزاع موضوع الرسم العقاري وأن أموال المدين ضمان عام عام دائنيه طبقا للفصل 1241 من قانون الالتزامات والعقود، وأنه بمقتضى الفصل 453 من قانون المسطرة المدنية يمنع على المدين التصرف في العقارات المحجوزة تحفظيا تصرفا يضر بدائنيه وأن القرار المطعون فيه عندما اعتمد القسمة المذكورة وقضى بنقل الحجز التحفظي إلى الأنصبة التي آلت إلى المدينين دون أن يبين ما إذا كانت القسمة قد ألحقت ضررا بالطاعن

30- مقتضيات ظهير التحفيظ العقاري على ضوء قرارات المجلس الأعلى، نشر مركز التوثيق بالمجلس الأعلى 2009، ص. 74.

31- قرار المجلس الأعلى عدد 258 بتاريخ 03 أبريل 2002 في الملف عدد 398-2-1-01، أشار إليه عبد العزيز توفيق، مرجع سابق، ص.148.

أم لا فهو لم يجعل لما قضى به أساسا وكان معللا تعليلا ناقصا يوازي انعدامه مما عرضه للنقض والإبطال[32]».

ويعد امتناع المحافظ على الأملاك العقارية عن تسجيل حكم نهائي قضى بالقسمة بالرسم العقاري بدعوى وجود حجز تحفظي مثقل بهذا الرسم استنادا إلى الفصل 87 من قانون التحفيظ العقاري، قرارا متسما بتجاوز السلطة لمخالفة القانون، على اعتبار أن حكم القسمة لا يشكل تفويتا يخشى منه ضياع حق طالب الحجز، بل إن هذا الحق يبقى محفوظا في مواجهة المحجوز عليه في حدود منابه من العقار المحجوز.

الفقرة الثامنة:

الحسم في طبيعة الإنذار

«يتضمن الإنذار اسم المالك المقيد واسم الملك المرهون وموقعه ومساحته ومشتملاته ورقم رسمه العقاري.

يبلغ المكلف بالتنفيذ نسخة من الإنذار المذكور إلى المحافظ على الأملاك العقارية الذي يقيده بالرسم العقاري.

يعتبر الإنذار المذكور بمثابة حجز عقاري وينتج نفس آثاره».

حسم المشرع المناقشات الفقهية والقضائية بشأن طبيعة الإنذار العقاري بين اعتباره مجرد تنبيه عادي بالأداء أو حجز تنفيذي عقاري.

الفقرة التاسعة:

تبسيط مسطرة فك الرهن

من أجل تبسيط فك الرهن عمل المشرع على تفادي منزلقات ومعيقات رفض الدائن إعطاء إبراء للمدين عند أداء الدين،فتم تخويل المحكمة حق الحكم برد الملك بعد التحقق من واقعة الأداء.

وهكذا نصت المـادة 164 من المدونة على أنه«للمدين أن يؤدي الدين المضمون وتوابعه قبل حلول أجل استحقاقه.

32- مجلة قضاء المجلس الأعلى، عدد 67، ص. 38.

فإذا لم يقبل الدائن هذا الوفاء فإن للراهن أن يقوم بعرض الدين عرضا عينيا حقيقيا ثم إيداعه بصندوق المحكمة، وتحكم المحكمة برد الملك لمالكه وبانقضاء الرهن بعد التحقق من أداء الدين بكامله».

الفقرة العاشرة :

تبسيط مسطرة نقل الرهن على الحق المشاع

اعتبر المشرع الرهن الذي يبرمه جميع الشركاء في ملك مشاع يحتفظ بأثره على كافة الملك كيفما كانت نتيجة القسمة. وإذا رهن أحد الشركاء حصته المشاعة فإن حق الدائن المرتهن ينتقل إلى الجزء المفرز الذي آل إلى الشريك بعد القسمة وإلى المدرك الذي حصل عليه الشريك لتعديل حصته وذلك إذا صادق الدائن المرتهن على عقد القسمة أو كان طرفا في الدعوى المتعلقة بها».

وهكذا جاء في قرار للمجلس الأعلى صادر بتاريخ 28 دجنبر 2005 ما يلي: «حيث صح ما عابه الطاعن على القرار ذلك أنه اعتمد في قضائه على أن القسمة لا تستلزم الإدلاء برفع اليد عن الحجوز والرهون، إذ أن حقوق الدائنين تبقى مسجلة بالرسم العقاري وتنتقل إلى الأنصبة التي آلت إلى المدينين وأن الحكم المستأنف لم يأمر بالتشطيب على الإنذارات والحجوزات المتخذة ضد حقوق الدائنين وإنما أمر بنقلها إلى الحقوق التي آلت إليهم «في حين أن الطاعن ليس طرفا في دعوى القسمة ولم يكن ممثلا في عقد الصلح المبرم بين الشركاء بشأن القسمة الرضائية التي صادق عليها الحكم الصادر في تلك الدعوى مع أنه صاحب حجز تحفظي على حقوق الشركاء في عقار النزاع موضوع الرسم العقاري وأن أموال المدين ضمان عام دائنيه طبقا للفصل 1241 من قانون الالتزامات والعقود، وأنه بمقتضى الفصل 453 من قانون المسطرة المدنية يمنع على المدين التصرف في العقارات المحجوزة تحفظيا تصرفا يضر بدائنيه وأن القرار المطعون فيه عندما اعتمد القسمة المذكورة وقضى بنقل الحجز التحفظي إلى الأنصبة التي آلت إلى المدينين دون أن يبين ما إذا كانت القسمة قد ألحقت ضررا بالطاعن أم لا فهو لم يجعل لما قضى به أساسا وكان معللا تعليلا ناقصا يوازي انعدامه مما عرضه للنقض والإبطال[33]».

33- مجلة قضاء المجلس الأعلى، عدد 67، ص. 38.

الفقرة الحادية عشر:
تبسيط مسطرة بيع المرهون

يجوز للدائنين المطالبين بالبيع الجبري أو لمن له مصلحة في التعجيل به أن يطلب من رئيس المحكمة المختصة تعيين قيم تباشر ضده إجراءات البيع الجبري للملك المتخلى عنه».

وتطبق مقتضيات الفصلين 469 و39 من ق.م.م. في حالة غيبة المنفذ ضده.

وبالنظر لسلبيات البيع الجبري واقتداء بالتشريع الفرنسي أخذ المشرع بتقنية البيع بالتراضي للملك المرهون دون الحاجة إلى سلوك المساطر العادية الطويلة والمتمثلة في الإشهار والعلانية، لكن هذا البيع لا يعفي القضاء من واجبه في تحقيق الشفافية والمصداقية ومراعاة التوازن في حماية حقوق الدائنين وحقوق المدينين.

ومن المهم الإشارة إلى أن البيع بالتراضي يحقق نفس آثار البيع الجبري بخصوص قاعدة التطهير من الرهون الرسمية والامتيازات.

لكن هل تشمل قاعدة التطهير التقييدات الاحتياطية المسجلة بناء على دعاوى متعلقة بالعقار المبيع؟

جاء في قرار لمحكمة الاستئناف بالدار البيضاء صادر بتاريخ 10 مارس 2005 «وحيث إن الفصل 211 من ظهير 2 يونيو 1915 جعل التطهير ينصب على الامتيازات والرهون ولا يطال التقييدات الاحتياطية المسجلة بناء على دعاوى متعلقة بالعقار المبيع والتي قد تنتج حقوقا لأصحاب التقييد الاحتياطي على هذا العقار، ذلك أن التقييد الاحتياطي هو ضمان لحق عيني عقاري بناء على دعوى عقارية ولا يتأتى رفعه إلا بعد معرفة مآل هذه الدعوى»[34].

لكون العلم بالتقييد الاحتياطي يجعل الراسي عليه المزاد مستعد لقبول وتحمل آثار المنازعة القضائية المنصبة على العقار، مما يلزم المحافظ بتسجيل الحكم النهائي الصادر في المنازعة موضوع التقييد الاحتياطي وبالتشطيب على تقييد محضر إرساء المزاد[35].

وللدائن المرتهن الذي لم يستوف دينه في أجل استحقاقه أن يحصل على بيع الملك المرهون وفق الإجراءات المنصوص عليها في القانون، وذلك بعد توجيه إنذار رسمي بواسطة عون التنفيذ للمدين الأصلي وللحائز، لأداء الدين أو التخلي عن الملك المرهون داخل خمسة عشر يوما من تاريخ التوصل بــــه.

34- قرار عدد 810-811-2، غير منشور

35- في نفس الاتجاه راجع هاشمي أوخيا، القوة التطهيرية لمحضر إرساء المزاد، المجلة المغربية للدراسات القانونية والقضائية، العدد الأول، أكتوبر 2008، ص.236.